**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

En la Villa de Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil uno.

En el recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional, que ante Nos pende, interpuesto por la Acusación Particular [..], contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que absolvió a los acusados [..] y [..] de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo siendo también parte el Ministerio Fiscal y los recurridos: AGF Unión-Fénix, SA representada por el Procurador señor [..]; Servicio Vasco de Salud, representado por el Procurador señor P. A.; Zurich España Cía., de Seguros y Reaseguros por el Procurador señor O. S.; [..], por el Procurador señor [..] y [..] por la Procuradora señora [..]

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**

**1** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Baracaldo incoó procedimiento abreviado con el núm. 69 de 1996 contra [..] y [..], y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, que con fecha 15 de octubre de 1998, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

«Doña [..] padecía problemas en la rodilla derecha consistentes en bloqueos, fallos articulares y dolor en la interlínea articular por lo que médicos ajenos a esta causa realizaron una RNM y varias exploraciones de la rodilla, estableciéndose como diagnóstico que padecía una lesión del cuerno anterior del menisco externo y probable pequeño quiste meniscal en cuerno posterior del mismo en la rodilla derecha y aconsejándole la necesidad de que se sometiera a una intervención quirúrgica consistente en artroscopia de la rodilla derecha lesionada. El acusado Doctor don [..], mayor de edad y sin antecedentes penales señaló el día 21 de junio de 1994 para practicar la artroscopia en la rodilla derecha. El citado día, antes de entrar en el quirófano, el también acusado don [..], mayor de edad, sin antecedentes penales, de profesión instrumentista ayudante de quirófano preparó a doña [..] para la operación de artroscopia la rodilla izquierda mediante la colocación de un torniquete. [..] fue operada por el doctor [..] del menisco de la rodilla izquierda, que presentaba una condromalacia tipo 2 del cóndilo interno y una lesión del cuerno posterior del menisco externo. Como consecuencia de dicha operación [..] no se recuperó durante el período de sesenta días y durante 45 días no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales y sufrió como secuelas hipertrofia del músculo cuadríceps de 2 cm y dos cicatrices de 1 cm».

**SEGUNDO**

**2** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: Fallamos: «Que debemos absolver y absolvemos a los acusados Doctor don [..] y a don [..], del delito por el que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, declarando de oficio las costas de ambas instancias.

Contra esta resolución se podrá interponer recurso de casación en el plazo de cinco días debiendo presentar escrito en esta misma Sala anunciando el referido recurso».

**TERCERO**

**3** Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley e infracción de precepto constitucional por la Acusación Particular [..], que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para susustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**CUARTO**

**4** El recurso interpuesto por la representación de la Acusación Particular [..], lo basó en los siguientes motivos de casación:

«I.-Se interpone al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ (RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375), por infracción de precepto constitucional, artículo 24.1 de la CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y doctrina legal y constitucional.

II.-Se interpone al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ por violación del artículo 24.1 de la CE en relación con el artículo 120.3 del Texto Constitucional, violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

III.-Se interpone al amparo del artículo 5º.4 de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, artículo 15 de la Constitución Española, violación del derecho a la integridad física y moral, y doctrina legal y constitucional.

IV.-Se interpone al amparo del artículo 5.4º de la LOPJ, por infracción de precepto constitucional, artículo 10.1 CE, en relación con los arts. 15 CE y 1.1 CE, violación del derecho a la dignidad de la persona, la libertad e integridad física y moral, y doctrina legal y constitucional.

V.-Se interpone al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por infracción de ley, por cuanto la sentencia aquí recurrida infringe el art. 732 LECrim en relación con el art. 650 LECrim.

VI.-Se interpone al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por cuanto la sentencia aquí recurrida infringe el art. 565 en relación con el art. 420 del antiguo Código Penal (RCL 1973, 2255 y NDL 5670) y el art. 147 del Código Penal de 1995 (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) en relación con el art. 152.1 y 152.3.

VII.-Se interpone al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por cuanto la sentencia aquí recurrida infringe el art. 565 en relación con el art. 420 del antiguo Código Penal y el art. 147.1 en relación con el art. 152.1 y 152.3 del Código Penal de 1995.

VIII.-Se interpone al amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción, dados los hechos que se declaran probados de un precepto penal de carácter sustantivo, con violación del artículo 172 del vigente Código Penal, que tipifica y sanciona el delito de coacciones.

IX.-Se interpone el amparo del artículo 849.1 LECrim, por infracción, dados los hechos que se declaran probados, de un precepto penal de carácter sustantivo, con violación del artículo 173 del vigente Código Penal, que tipifica y sanciona los delitos contra la integridad moral.

X.-Se interpone al amparo del artículo 849.2 LECrim por infracción de ley, al existir error en la apreciación de la prueba basada en los documentos que obran en autos que demuestran la equivocación de la Audiencia sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

XI.-Se interpone al amparo del art. 851.3 LECrim, por quebrantamiento de forma, por cuanto la sentencia aquí recurrida no resuelve acerca de todos los puntos que fueron objeto de acusación por esta parte».

**QUINTO**

**5** Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, impugnó todos sus motivos, dándose asimismo por instruidas las partes recurridas, impugnando igualmente el recurso de la Acusación Particular, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SEXTO**

**6** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 20 de febrero de 2001.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO** La Audiencia Provincial de Vizcaya dictó sentencia por la que absolvía a los acusados de un delito de imprudencia temeraria del art. 565 CP de 1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), en relación con el art. 420 del mismo Texto Legal.

La representación legal de la acusación particular se alza en casación contra la mencionada sentencia articulando una serie de motivos de diversa naturaleza, de entre los que, a efectos de la presente resolución, vamos a examinar el que bajo los ordinales Sexto y Séptimo, se formulan por el cauce del art. 849.1º LECrim denunciando infracción de ley por indebida inaplicación del art. 565 en relación con el 420 CP derogado. Para la debida comprensión de los argumentos impugnativos del recurrente, y de las consideraciones que esta Sala debe exponer al respecto para la resolución de la litis, resulta necesario reproducir la declaración de hechos probados de la sentencia, que viene redactada en los siguientes términos: «Doña [..] padecía problemas en la rodilla derecha consistentes en bloqueos, fallos articulares y dolor en la interlínea articular por lo que médicos ajenos a esta causa realizaron una RNM y varias exploraciones de la rodilla, estableciéndose como diagnóstico que padecía una lesión del cuerno anterior del menisco externo y probable pequeño quiste meniscal en cuerno posterior del mismo en la rodilla derecha y aconsejándole la necesidad de que se sometiera a una intervención quirúrgica consistente en artroscopia de la rodilla derecha lesionada. El acusado Doctor don [..], mayor de edad y sin antecedentes penales señaló el día 21 de junio de 1994 para practicar la artroscopia en la rodilla derecha. El citado día, antes de entrar en el quirófano, el también acusado don [..], mayor de edad, sin antecedentes penales, de profesión instrumentista ayudante de quirófano preparó a doña [..] para la operación de artroscopia la rodilla izquierda mediante la colocación de un torniquete. [..] fue operada por el doctor [..] del menisco de la rodilla izquierda, que presentaba una condromalacia tipo 2 del cóndilo interno y una lesión del cuerno posterior del menisco externo. Como consecuencia de dicha operación [..] no se recuperó durante el período de sesenta días y durante 45 días no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales y sufrió como secuelas hipertrofia del músculo cuadríceps de 2 cm y dos cicatrices de 1 cm». Sostiene el recurrente que la conducta de los acusados que se declara probada en el relato histórico de la sentencia constituye inequívocamente una imprudencia temeraria de la que se ha derivado de manera causal un resultado lesivo para la integridad corporal de la víctima del suceso, y expresa su discrepancia con el razonamiento del Tribunal sentenciador alegando que éste fundamenta su pronunciamiento absolutorio en que la ctividad desarrollada por los acusados no ocasionó un resultado dañoso a la salud de la paciente, al tratarse dicha actuación de un tratamiento médico objetivamente curativo. Continúa exponiendo el recurrente que, constatada por el propio juzgador la naturaleza gravemente imprudente de la conducta de los acusados, las consecuencias de la misma integran el delito de lesiones del art. 420 CP anterior, toda vez, argumenta, que ni cabe hablar de «tratamiento médico curativo», ni, en último extremo, éste dejaría de ser atípico al haberse vulnerado uno de los bienes jurídicamente protegidos por el precepto penal, cual es la integridad corporal de la persona sin el consentimiento de su titular.

**SEGUNDO** El recurso debe ser estimado por cuanto esta Sala considera que, efectivamente, la actuación de los acusados que se relata en la declaración de Hechos Probados integran el tipo complejo de imprudencia temeraria con resultado de lesiones que les fue imputado a aquéllos, y, al no haber sido subsumidos en tal precepto, el Tribunal «a quo» ha incurrido en la infracción de ley que se denuncia.

En efecto, ningún debate suscita que el hacer de los acusados fue manifiesta y gravemente negligente al no tomar la más mínima precaución respecto a identificar y preparar la rodilla que debía ser operada, para lo que hubiera sido suficiente consultar el historial clínico de la paciente que estaba a su inmediata disposición. Esta omisión de las más elementales normas de cuidado que son exigibles a toda persona profesionalmente dedicada al ejercicio de la cirugía, se ubica con toda claridad en el ámbito de la temeridad, es decir, en el marco de la imprudencia temeraria profesional, pues, cuando la culpa recae en un profesional que tiene saberes y posibilidades específicas de actuación, las reglas socialmente definidas alcanzan un mayor grado de exigencia, pues no son ya las comunes exigibles a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación técnica avalada por un título facultativo que certifican esos especiales y específicos conocimientos en el campo donde desarrolla su actividad profesional, con lo que la inobservancia de esas reglas que deben presidir su actuación generan un plus de antijuridicidad (véase STS de 25 de mayo de 1999 [RJ 1999, 5253]) y, por consiguiente, un mayor reproche penal en relación con los bienes jurídicos afectados por las actuaciones que requieren un especial cuidado en su ejercicio, de suerte que la imprudencia del profesional en el ejercicio de su campo propio se perfila como una mayor gravedad en función del mayor nivel de exigencia a que éstos están obligados precisamente por disponer de una cualificación técnica sobre la actividad que desarrollan (véase STS de 8 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 8701]).

La sentencia de instancia no cuestiona la realidad de una conducta temerariamente imprudente, sino que la acepta sin vacilación cuando de manera expresa afirma que en los hechos enjuiciados «se da un desvalor de la acción, porque tanto el cirujano como el ayudante de quirófano deberían haber comprobado y verificado, ya que ambos tenían medios a su alcance (puesto que el historial médico estaba en la camilla de la paciente) para conocer, comprobar y saber que la rodilla a operar era la rodilla derecha», añadiendo de seguido que «... los acusados olvidaron las mínimas reglas deontológicas en la ejecución de la actividad médico-quirúrgica...».

**TERCERO** No obstante, el pronunciamiento absolutorio se sustenta por el Tribunal sentenciador en la consideración de que no se ha producido el «desvalor del resultado» porque la intervención equivocadamente practicada constituye un «tratamiento médico curativo» que no ha vulnerado la integridad física de la paciente y, por consecuencia, no se ha producido el resultado dañoso que exige el tipo.

Esta Sala de casación entiende, por el contrario, que también concurre en el caso enjuiciado -y siempre a tenor de la resultancia fáctica de la sentencia- el desvalor del resultado de la acción, es decir la consecuencia lesiva vulneradora de uno de los bienes jurídicamente protegidos por la norma.

En este sentido debemos reiterar que el art. 420 CP de 1973 -como el 147 actualmente vigente (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777)- no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva «o» en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física «... no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular» (STC de 16 de diciembre de 1996 [RTC 1996, 207]), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal.

La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la «lex artis» que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la «lex artis», sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo.

Que en el supuesto analizado los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado a que obliga la «lex artis» a la que debían haber ajustado su actuación, es algo que no admite la menor duda. Por la inexcusable y clamorosa negligencia de aquéllos se intervino quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen, ni había sido diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro del que, inicialmente, ninguna señal ni apariencia aparece en el «factum» de la sentencia que advirtiera de que adoleciera de alguna anomalía. A este respecto conviene significar la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7910) cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona «... el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella».

**CUARTO** En estas circunstancias, pues, no podemos aceptar la tesis de la Sala de instancia de que no existe el «desvalor del resultado», pues de lo anteriormente consignado aparece claro que el resultado de la acción lo constituye la incuestionable agresión a la incolumidad corporal de la paciente, que se vio notoriamente perturbada como consecuencia de una intervención quirúrgica huérfana de diagnóstico previo, injustificada, inconsentida e innecesaria a tenor del art. 105 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (RCL 1986, 1316) que, por lo mismo, no cabe calificar de «tratamiento médico curativo» como causa de justificación de la ilícita acción, máxime si tenemos en cuenta que, si como señala la sentencia, la operación estaba indicada objetivamente para curar a la paciente, ello sólo se advirtió «a posteriori» de los hechos, pero sin que previamente a la acción quirúrgica efectuada sobre la rodilla izquierda de la paciente se hubiera apreciado síntoma, queja o dato alguno que advirtiere de las deficiencias que se apreciaron con posterioridad, lo que revela de manera patente que el tratamiento objetivamente curativo lo ha sido de manera absolutamente causal y accidental.

Por último, el resultado material lesivo como consecuencia directa y causal de la intervención quirúrgica practicada contra todas las reglas de la «lex artis», viene determinada por el daño sufrido en la integridad corporal generado por la propia intervención, y que «como consecuencia de dicha operación, [..], no se recuperó durante el período de sesenta días, y durante 45 días no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales, y sufrió como secuelas hipertrofia del músculo cuádriceps de 2 cm, y dos cicatrices de 1 cm», según se especifica en la declaración de hechos probados.

**QUINTO** Resultado de la estimación del recurso, procede la anulación de la sentencia impugnada, debiendo dictarse una nueva resolución por esta Sala, que calificará los hechos como constitutivos del delito de que fueron acusados los encausados, a quienes habrá de imponérseles, dadas las circunstancias concurrentes a que se refiere el párrafo segundo del art. 420, la pena de dos meses de arresto mayor a cada uno de aquéllos, quienes habrán de indemnizar de forma directa y solidaria a doña [..] por todos los conceptos, en la cantidad de 1.500.000 ptas., siendo responsable civil subsidiario el Servicio Vasco de Salud -Osakidetza-, estableciéndose como bases indemnizatorias de los daños físicos y morales, y de los perjuicios sufridos, los quebrantos somáticos padecidos, las secuelas en la movilidad del miembro intervenido y el tiempo de incapacidad para el ejercicio de sus ocupaciones laborales.

**PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS:** Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley, con estimación de sus motivos sexto y séptimo, interpuesto por la Acusación Particular [..]; y en su virtud, casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, de fecha 15 de octubre de 1998, en causa seguida contra los acusados [..] y [..], por delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones. Se declaran de oficio las costas procesales ocasionadas en su recurso. Y comuníquese esta resolución, y la que seguidamente se dicte, a la mencionada Audiencia, a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

Así, por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-**Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

En la Villa de Madrid, a veintiséis de febrero de dos mil uno.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Baracaldo con el núm. 69 de 1996 y seguida ante la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, por delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones contra los acusados [..], nacido el día [..], con Documento Nacional de Identidad núm. ..., vecino [..], calle [..] núm. ..., declarado en la pieza de responsabilidad civil solvente, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa y contra [..], nacido el día [..], con Documento Nacional de Identidad núm. ..., vecino de [..], con domicilio en [..], núm. ..., solvente, sin antecedentes penales y en libertad provisional por esta causa, en la que se dictó sentencia por la mencionada Audiencia, con fecha 15 de octubre de 1998, que ha sido casada y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Ponencia del Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, hace constar lo siguiente:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**UNICO** Procede dar por reproducidos e incorporados al presente, los hechos probados de la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sección Primera, y que, a su vez, consta transcrita en la sentencia primera de esta Sala.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**UNICO** Los fundamentos de Derecho de la sentencia impugnada quedan anulados y serán sustituidos por los que figuran en la primera sentencia de esta Sala.

**PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS:** Que debemos condenar y condenamos a los acusados [..] y [..] como autores responsables de un delito de imprudencia temeraria con resultado de lesiones de los artículos 565 y 420 del Código Penal de 1973 (RCL 1973, 2255 y NDL 5670), a la pena de dos meses de arresto mayor a cada uno de ellos con la accesoria de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, debiendo indemnizar a doña [..], solidariamente, en la cantidad de un millón quinientas mil pesetas por los daños y perjuicios sufridos, y declarándose responsable civil subsidiario al Servicio Vasco de Salud; con imposición a los acusados de las costas procesales generadas en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACION.-**Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Diego Ramos Gancedo, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.